

## Biodireito: um caminho sem volta — um olhar para os transplantes de órgãos

Elia Faleiros VENDRAMINI CARNEIRO\*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Nota histórica dos transplantes de órgãos. 2 Conceito de transplante. 3 Histórico legal dos transplantes. 4 Problemas bioéticos. 4.1 Mudança do conceito de morte, homicídio, eutanásia, distanásia e mistanásia. 4.2 Transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo de anencéfalo. 4.3 Transplante de células-tronco de embrião. 4.4 O estado de necessidade. 4.5 Transplante em pacientes com Aids. 5 Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Os operadores do Direito vêm sendo alertados para o fato de que o avassalador desenvolvimento da biotecnologia aplicada à Medicina tem importantes reflexos nas suas tomadas de decisões, especialmente porque voltadas para o direito fundamental à vida. Nesse diapasão, o estudo acerca do Biodireito é caminho sem volta para toda a sociedade. Passamos por um momento crítico de construção do futuro, que pode escapar do nosso controle, se o homem for visto como meio, não fim, da biotecnologia. Questões de alta complexidade, como o fornecimento de medicamento de alto custo mediante imposição judicial, a cirurgia de transexualidade, a reprodução assistida, o sigilo profissional, a realização de exame de HIV para fins de investigação diagnóstica com recusa do paciente, entre outras, apontam que o segredo da ética pode estar na “percepção simbólica do outro”. Como exemplo, aprofundamo-nos em parte da problemática que envolve o tema transplantes de órgãos, quando precisamos debater o novo conceito de morte, a possibilidade da manipulação da vida de anencéfalos e embriões para salvar outras vidas, o tratamento adequado ao aidético e o estado de necessidade que envolve seus protagonistas.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Biodireito. Bioética. Transplantes de órgãos. Morte encefálica. Anencéfalo. Células-tronco de embrião. Aids.

### Introdução

Não é de hoje que os operadores do Direito vêm sendo alertados para o fato de que o avassalador desenvolvimento da biotecnologia aplicada à Medicina tem importantes reflexos nas suas tomadas de decisões, especialmente porque voltadas para o direito fundamental à vida. Mais do que isso, toda a sociedade está sendo chamada a rever conceitos, por vezes digladiando-se entre a ética e o sabor da utilização das novas técnicas de medicalização ou, até mesmo, de criação da vida.

Inicialmente, o termo *bioética* foi utilizado pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Medison, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, mas num sentido puramente ecológico, considerando-a como *a ciência da sobrevivência do planeta*; uma nova disciplina que recorrerá às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, preservando a harmonia universal em perigo, diante do uso indiscriminado de agrotóxicos, experiências biológicas, poluição aquática, atmosférica, sonora e outros.

Embora essencial a iniciativa, não foi esta a conotação dada à atual *bioética*, que significa “o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.<sup>1</sup>

\* Promotora de Justiça. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

<sup>1</sup> Conceito dado pela *Encyclopedia of Bioethics*, resultado da colaboração de 285 especialistas e 330 supervisores; a maior contribuição coletiva para a Bioética numa só obra (New York: The Free Press, 1995). Interessante anotar que a primeira edição da enciclopédia, em 1978, dava conceito diverso, fazendo referência a “valores e princípios morais”, então retirados: “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”. O novo conceito, pois, dado em 1995, adaptou-se ao pluralismo ético atual.



Fatores como a socialização do atendimento médico, a progressiva medicalização da vida, a emancipação do paciente, as pressões sócio-econômicas para o exercício da profissão médica e a criação dos comitês de ética para pesquisas com seres humanos, que estão em constante progresso, contribuíram para que as atenções se voltassem para a bioética, que, em suma, pode nos fazer pensar em usar os poderes da medicina, com eficaz solução dos problemas de vida, saúde e morte dos homens, mas com um padrão moral mínimo, que possa ser compartilhado, mesmo por pessoas de culturas diferentes.<sup>2</sup>

Não se trata de ignorar o multiculturalismo, erro, aliás, que já foi o estopim de várias guerras. Ele não só existe, como deve sempre vingar, porque valioso ao revelar as várias facetas humanas. A necessária diversidade cultural e, portanto, moral, não pode, contudo, blindar a visão da comunidade humana para um paradigma: o valor supremo da pessoa, dotada de dignidade. Todas as infundáveis análises acerca da problemática da eticidade deverão culminar, basicamente, no respeito ao ser humano.

En não se diga que dignidade humana é expressão vaga, sem conceito próprio, posto que, como ensina González Pérez (apud SARLET, 2004), “é algo real, facilmente identificável em situações em que é espezinhada, agredida, ainda que sem pauta exaustiva”, o que é comum para outros valores e princípios jurídicos.

Tal consciência pode ser exercitada com auxílio dos Princípios da Bioética, norte que compila a mínima percepção esperada de cada um de nós. O *Princípio da Beneficência* pede que as atividades médico-científicas visem ao bem dos pacientes, tendo íntima ligação com o *Princípio da Não-maleficência*, seu senso contrário (SANTOS, 2000).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> A propósito, moral e ética não se confundem. Como ensina Léo Meyer (2004, p. 08), “ética é a reflexão científica sobre a moral. Ética é a ciência e moral é apenas a reflexão sobre os costumes”. Essa ciência, ademais, é denominada deontologia. A palavra vem do grego *ta deonta* (o dever) e *logos* (discurso), “conseqüentemente, a exposição sobre aquilo que deve ser feito” (analisa OLIVEIRA, 1998, p. 03).

<sup>3</sup> Hipócrates, 430 a.C., já dizia: “pratique duas coisas ao lidar com as doenças: auxilie ou não prejudique o paciente” (apud SANTOS, 2000, p. 28).

O *Princípio da Justiça* requer a imparcialidade na distribuição dos riscos, benefícios e encargos médicos, conseqüência lógica da igualdade entre os iguais. Finalmente, o *Princípio da Autonomia* exige que o médico, ainda que técnico orientador, respeite a vontade do paciente quanto ao andamento de sua saúde e tratamento. Contudo, diante da aparente contradição, frisamos que “o exercício da autonomia deve ser calculado com a finalidade de que os danos que possam ser causados aos demais sejam inferiores aos bens. Autonomia e liberdade individual têm limites sociais” (CLOTET, 2003, p. 5).

Embora o exercício pessoal da moral seja uma faculdade, as regras éticas (a provocarem importantes decisões judiciais, como veremos) surgiram em função da percepção comum de que *passamos por um momento crítico de construção do futuro*, que pode escapar do nosso controle, se o homem for visto como meio, não fim, da biotecnologia. O Brasil, em especial, como país de Terceiro Mundo que é, pede premência à bioética, pois “a vida que proporciona é tão exaltada em nível teórico que nos dá a ilusão de que está sendo prezada, mas é massacrada na concretude dramática do cotidiano de milhões de pessoas privadas de participar do banquete da vida” (PESSINI, 1994, p. 64).

A Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, tendo tido contato diuturno com questões de alta complexidade, como o fornecimento de medicamento de alto custo mediante imposição judicial, a cirurgia de transexualidade, a reprodução assistida, o sigilo profissional, a realização de exame de HIV para fins de investigação diagnóstica com recusa do paciente, entre outras, aponta que o segredo da ética, para uma sociedade que parece estar remontando o espírito do movimento Renascentista dos séculos XV e XVI, dada a sua sanha pelo livre-arbítrio e o antropocentrismo, é a *percepção simbólica do outro, do conflito que este fenômeno nos causa e da necessidade de nos relacionar com estima e respeito do outro* (COHEN, 2007, p. XVI).

Daí a atuação do chamado *Biodireito*, que nada mais é do que a ciência jurídica voltada às questões da bioética, posto que de interesse social inarredá-

vel; tanto que a Declaração Sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, aprovada na ONU, em 10 de novembro de 1975, articulou: *todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos à vida privada e à proteção da pessoa humana e sua integridade física e intelectual*.

Estes temas baterão às portas do Poder Judiciário, como vem acontecendo com os transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, um dos procedimentos médicos mais bem-sucedidos, criadas várias possibilidades de atendimento aos interesses individuais, a serem sopesadas, contudo, com o interesse público.

#### 1 Nota histórica dos transplantes de órgãos

Não se pode olvidar a grande importância dos transplantes de órgãos para a vida humana, cujo notável desenvolvimento, na esteira dos avanços médicos já comentados, é recente, malgrado antigos registros históricos. Daí seu perfeito enquadramento dentre as questões da bioética e do biodireito, latente o dilema do direito de dispor do próprio corpo ou do cadáver do parente e a preservação da vida.

Desde a Antiguidade, encontramos dados da idéia das transplantações, porém fragmentados. O povo hindu, por seu cirurgião Sushruta, em 750-800 a.C., viu a reconstrução do nariz de uma pessoa, com um pedaço de pele da testa (ABSOLON; AUST, 1983, apud GOGLIANO, 1986, p. 146). A tradição conta que, 300 anos a.C., na China, o médico Pien Chiao fez a troca de órgãos entre dois irmãos. A mitologia grega concebia a fusão de animais e humanos, como a Esfinge, o Minotauro, as Sereias, os Faunos, os Centauros e a Quimera.<sup>4</sup> O próprio Cristo, quando

<sup>4</sup> O termo *quimerismo*, adotado para indicar a convivência, em um ser vivo, de suas células com as de outro geneticamente diferente, deve-se exatamente à Quimera, monstro que possui

preso pelos soldados romanos, reimplantou a orelha de Pedro, ali cortada. Estudos arqueológicos no Egito, na Grécia e na América Pré-colombiana apontam a realização de transplantes de dentes. Na Idade Média, os médicos, hoje santos, Cosme (o clínico) e Damião (o cirurgião) efetuaram o transplante da perna de um etíope para um branco.<sup>5</sup>

Muito tempo depois, o francês Ambrósio Paré (1517-1590), cirurgião de Henrique II, Francisco II, Carlos IX e Henrique III, foi consagrado como “pai da cirurgia moderna”<sup>6</sup> ao descobrir a ligação das artérias, que empregava nas amputações,<sup>7</sup> justamente um importante procedimento na cirurgia de transplantes de órgãos.

O cirurgião John Hunter, que transplantou dentes em seres humanos e testículo de galo para

um corpo de cabra, cauda de serpente e duas cabeças, uma de leão e outra de cabra.

<sup>5</sup> Cosme e Damião eram irmãos gêmeos, nascidos em família nobre da Arábia, no século III. Estudaram medicina na Síria e a exerciam por caridade, daí serem chamados de *anárgiros* (aqueles que não são comprados por dinheiro). Cristãos fervorosos, acabaram sendo decapitados por ordem do imperador Diocleciano, no ano 303 d.C., acusados de feitiçaria. Diz a lenda que “para substituir a perna gangrenada de um doente, que tinham necessidade de amputar, foram os Santos ao cemitério em busca de uma que lhes pudesse servir para aquele fim. O único cadáver disponível era de um negro etíope, mas os Santos não tinham preconceito nem problema de histocompatibilidade. Retiraram a perna de que o enfermo precisava e o transplante foi, por graças de Deus, um êxito completo realçado, ainda, pela diferença da cor”. Foram erigidos a Santos pela Igreja Católica e padroeiros dos médicos (*Uma marca histórica*. Disponível em: [www.ufba.br](http://www.ufba.br). Acesso em: 10 jan. 2005).

<sup>6</sup> Ambrósio Paré nasceu na aldeia Bourg-Hersent, perto de Laval, na França. Desde cedo, praticava a cirurgia com o pai barbeiro-cirurgião e entrou para o Colégio de Cirurgiões, adquirindo grande experiência nas batalhas das quais participou. Consagrou-se como o fundador da cirurgia no Renascimento, realizando procedimentos elaborados, como de hidrocefalia, traumatismos cranioencefálicos e corte medular (GONZÁLEZ, Jaime Gómez. *Ambrosio Paré (1517-1590)*. Disponível em: [www.compumedicina.com/historia](http://www.compumedicina.com/historia). Acesso em: 13 jan. 2005). Foi definido como “o paradigma do progresso cirúrgico, encarnado em um homem sensivelmente integrado, cautelosamente prático e ousadamente veraz” (RAÍCES, Rodio. *Sobre la vida y obra de Ambrosio Paré*. Disponível em: [www.geocities.com/rodioraices](http://www.geocities.com/rodioraices). Acesso em: 13 jan. 2005).

<sup>7</sup> Registro de João Gualberto de Oliveira (apud LEITE, 2000, p. 105).



galinha, foi o primeiro a utilizar o termo “transplante”,<sup>8</sup> em 1778.

Contudo, entre a mitologia e a realidade contada, só com a moderna cirurgia, servindo-se de instrumentos basilares como a anestesia, a anti-sepsia e a imunologia, puderam os transplantes de órgãos, tecidos e partes de corpo serem considerados um método científico, que passou a ser explorado com afinco por Ullman, De Castello e Carrel, especialmente quanto aos rins.

O primeiro transplante afortunado foi ósseo e remonta a 1890, em Glasgow, na Escócia. A experimentação científica de transplantes em animais começou por volta de 1900, quando, entretanto, foi percebida a comum ocorrência da rejeição, novo obstáculo a ser vencido. A medicação imunossupressiva só tomou corpo nos anos de 1960, quando se iniciou o sucesso dos transplantes de rins, liderados por Joseph Murray, que, em 1954, em Boston, fez a cirurgia entre irmãos gêmeos idênticos. No ano de 1963, em Denver, o americano Starzl fez o primeiro transplante de fígado. Em 1967, na África do Sul, Christiaan Barnard já estava realizando o transplante cardíaco,<sup>9</sup> entre uma

doadora branca e um receptor negro, como que sob o espírito inovador de Cosme e Damião; seguido de tantos outros, hoje rotineiros.

Deve ser registrado que, em 1931, na Itália, foi feito um transplante de glândulas genitais, pelo médico Gabriel Janelli, suscitando polêmicas, que vingam até hoje, não só pela natureza do órgão operado, mas por ter sido feito por doador vivo e mediante pagamento.

Somente em 1983, de fato, descobriu-se a medicação inibidora da rejeição, mas, como alerta o médico Walter Antonio Pereira, ainda há muito que descobrir quantos aos fenômenos imunológicos e seus controles, tendendo à melhora dos resultados obtidos.

No Brasil, em 1964, realizou-se o primeiro transplante renal, com doador cadáver, no Hospital do Servidor do Rio de Janeiro. Um ano após, foi feita a cirurgia com doador vivo, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. As vitórias nunca mais pararam: transplante de pulmão (1989), de coração artificial (1999), de intestino e fígado (2000)...

Na América Latina, os pioneiros do transplante cardíaco e de pulmão são, respectivamente, os brasileiros Prof. Euryclides de Jesus Zerbini e Dr. José Camargo. Também atuando no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Dr. Zerbini realizou a cirurgia do coração em 26 de maio de 1968. O paciente João Ferreira da Cunha (goiano conhecido como *João Boiadeiro*) sobreviveu 27 dias. Houve quem sobrevivesse 18 anos (Emmanuel Vitria, operado na França, em 1968), provando o poder da então ciência.

## 2 Conceito de transplante

A palavra *transplante*, segundo o dicionário comum (FERREIRA, 1988, p. 645), vem do verbo transplantar, ou seja, “transferir órgão, ou porção deste, de uma parte para outra do mesmo indivíduo” ou “transferir órgão, ou porção deste, de indivíduo vivo ou morto para outro indivíduo”. Sua origem é latina, da junção da preposição *trans*, que significa “além de, para lá”, com o verbo *planto*, que quer dizer plantar, semear (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 2234, 2749, 2753). É de se notar que, quando Hunter

<sup>8</sup> “Junto de Ambrosio Paré e Joseph Lister, é considerado um dos três maiores cirurgiões de todos os tempos”. Nasceu próximo de Glasgow, na Escócia, mas estudou anatomia e cirurgia em Londres, na Inglaterra. Foi cirurgião do exército britânico durante a Guerra dos Sete Anos. Era muito dedicado à experimentação e à observação direta, sempre afirmando: “não pense, tente” (University of Virginia. *John Hunter (1728-1793): a treatise on the blood, inflammation, and gun-shot wounds*. Disponível em: [www.med.virginia.edu/hs-library/historical/classics](http://www.med.virginia.edu/hs-library/historical/classics). Acesso em: 13 jan. 2005).

<sup>9</sup> “*Sin duda, este primer trasplante exitoso de un organismo tan complejo como es el corazón, significó un progreso considerable para la humanidad y, debido a ello, la figura del cirujano adquirió gran renombre y popularidad a nivel mundial*” (MINISTÉRIO DE SALUD, 2000, p. 19). Christiaan Barnard chegou a escrever um livro – *Minha vida* – publicado em 1969, onde descreveu, em detalhes, o procedimento cirúrgico e narrou: “Tudo estava pronto [...] ao iniciar o primeiro corte, minha mão começou a tremer. Tratei de dominá-la, mas seguiu tremendo. Minha tensão era excessiva para que pudesse trabalhar bem, mas pensei que poderia dominá-la melhor à medida que se adiantava minha tarefa [...] Chegado ao fim do caminho [...] durante um momento, o coração ficou paralisado, sem dar sinais de vida. Nós esperamos – pareciam-me horas – [...] como um relâmpago deslumbrante, uma súbita contração da aurícula, ao que responderam seguidamente os ventrículos. Pouco a pouco, o coração começou a mover-se com o ritmo adorável da vida, com a batida do mundo” (grifo nosso).

utilizou pela primeira vez o vocábulo (como vimos), fazia uma comparação entre a botânica (ao plantar árvores) e a sua técnica da transferência de dentes.

A Medicina, cujos dicionários específicos fornecem idêntico significado, adotou o termo como: “porção de tecido corporal, que se extrai de uma parte para enxertar em outra parte”.<sup>10</sup> Entretanto, sua doutrina lhe tece ferrenhas críticas, pois tais conceitos, para os *experts*, são extremamente amplos, sem terminologia homogênea, de técnica utilizada em várias especialidades e de várias formas.

É importante salientar que os transplantes, quanto aos doadores e receptores, podem ser: *autotransplantes* (ou autoplásticos), transferidos órgãos ou tecidos de um lugar a outro na mesma pessoa, a exemplo da ponte de safena; *isotransplante* (ou isogênicos), transferidos órgãos e tecidos entre indivíduos do mesmo gênero e com características hereditárias idênticas, a exemplo dos gêmeos monovulares; *homotransplantes* (ou alotransplantes), transferidos órgãos e tecidos entre indivíduos do mesmo gênero, mas com características hereditárias diferentes, a exemplo de um homem a outro, e *heterotransplantes* (ou xenotransplantes), transferidos órgãos e tecidos entre indivíduo e ser vivo de outro gênero, a exemplo da “válvula cardíaca do boi para o homem”.

Quanto à relação anatômica entre a origem e o destino, podem ser: *ortotópicos* (ou enxertos), processados numa situação anatômica normal, a exemplo da pele para a continuidade cutânea, ou *heterotópicos*, em locais diferentes dos normais de origem, a exemplo da transferência de pele tireóideia para o cérebro.

Ainda assim, implante não é sinônimo de transplante, pois corresponde à incorporação ao corpo humano de materiais de natureza distinta da do animal, como o metal ou o plástico.

Portanto, não raro, adverte a doutrina médica que todos estes termos são promiscuamente utilizados, embora de significados técnicos muito diferentes.

Podem ser transplantados tecidos, órgãos e partes do corpo humano. *Tecidos* são “diferentes agrupamentos de células, que desempenham as mesmas funções básicas e que têm a mesma morfologia geral, permitindo a formação de órgãos e sistemas do organismo animal” (JUNQUEIRA; CARNEIRO, 1974, p. 60, grifo nosso). *Órgãos* são “unidades supraterciais com forma e função próprias, definidos como ‘instrumentos de função’, unidades mais complicadas que o tecido fundamental que os constitui” (ERHART, 1969, p. 31). Observemos, pois, que os órgãos compreendem os próprios tecidos, a exemplo do osso e do tecido ósseo que o compõe.

Os tecidos comumente transplantados são: medula óssea, córnea, válvula cardíaca, pele, dura-máter, cartilagem costal, crista ilíaca, cabeça do fêmur e tendão da paleta. Já os órgãos são: coração, pulmão, fígado e rim.

Na técnica médica, o *sangue*, o *esperma* e o *óvulo*, como tecidos que são, podem ser objeto de transplante, mas estão afastados das regras da lei específica do tema, como determina o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.434/97, posto que tratados em leis autônomas,<sup>11</sup> dadas suas particularidades. Aliás, o transplante de sangue de cordão umbilical tem-se demonstrado, em pesquisas recentes, altamente eficaz na cura de várias doenças,<sup>12</sup> em espe-

<sup>11</sup> Quanto ao sangue, desde 1965, por meio da Lei nº 4.701, regulamentava-se a atividade homoterápica no País, hoje mister da atual Lei nº 10.205/01. Já quanto ao esperma e ao óvulo, após longo tempo sem amparo legal, vieram a ter breve regramento pela Lei Nacional de Biossegurança – Lei nº 8.974/95, mas que nem sequer conseguiu alcançar todos os avanços das manipulações genéticas, senão atendendo ao chamado da Constituição Federal de 1988, que proclamou a necessidade de preservação do patrimônio genético – art. 225, § 1º, incisos II e V. Hoje, a norma legal vigente a respeito da matéria é a Lei nº 11.105/05, que não admite a clonagem humana.

<sup>12</sup> Ver homepage da CRIOTAMINAL. *Células do cordão umbilical mostram grande potencial na regeneração cardíaca após enfarte do miocárdio*. Disponível em: [www.criotaminal.pt/avancos.htm](http://www.criotaminal.pt/avancos.htm). Acesso em: 10 abr. 2005.

<sup>10</sup> Ver em Siedman Dicionário Médico (1987, p. 1 o 44); Clayton L. Thomas (2000, p. 1.740); *Dicionário Enciclopédico de Medicina* (3. ed. 2001, p. 2.271-2, 272 – baseado na 29. ed. do *Black's Medical Dictionary*, de William A. R. Thompson); e W. A. Dorland (1988, p. 1.744).



cial as cardíacas, tendo a medicina genética publicada avanços dia a dia.<sup>13</sup>

Cabe anotar que estes três – sangue, espermatozóide e óvulo – fazem parte da categoria das chamadas *partes separadas do corpo* do indivíduo com vida, cuja retirada não causa prejuízo sensível a sua integridade física, saúde ou dignidade, a exemplo do leite, do cabelo, do material placentário, da unha, dos dentes etc.; mas gera profundo debate acerca da forma como ela deve ocorrer, não bastando, após esta ocorrência, definir tais partes, como querem alguns, como mera *coisa*, de propriedade do respectivo titular. Isto porque, especialmente o óvulo e o espermatozóide, comportam o patrimônio genético de um indivíduo, que já merece “absoluto cuidado com a representação antecipada da pessoa psicológica, social e moral, cuja edificação começou, e, portanto, com os contragolpes de nossa escolha sobre o destino de sujeito humano” (SÈVE, apud ARAUJO, 2003).

### 3 Histórico legal dos transplantes

É possível traçar um histórico legal do tema em enfoque, tão novo quanto seu florescer na medicina e tão mutante quanto sejam as necessidades de acompanhá-lo. Se, já em 1890, a prática dos transplantes, ainda que mais simples, era uma realidade, em 1900, objeto de experimentação científica e, em 1967, responsável pela transferência do órgão vital coração de um corpo humano a outro, o mesmo não se deu com a lei,<sup>14</sup> cuja evolução foi mais lenta.

<sup>13</sup> Em 14 de fevereiro de 2006, o jornal *O Estado de S. Paulo* publicou pesquisa do biólogo Rodrigo Alexandre PANEPUCCHI, em trabalho de doutorado apresentado na USP de Ribeirão Preto, que se dedicou a mapear os genes das células do sangue do cordão umbilical, concluindo pela sua maior capacidade de reconstituir o sistema imunológico do transplantado, no caso de retirar-lhe as células-tronco. Sua finalidade, além de obter melhores resultados terapêuticos com a técnica médica, é estimular o fortalecimento de bancos de cordão umbilical, públicos e privados, no País (In: AMORIM, Cristina. Jovem biólogo da USP mapeia os genes do cordão umbilical; trabalho premiado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 fev. 2006, p. A13, Caderno Ciência.).

<sup>14</sup> Como ensina Miguel Reale (2000, p. 285), “o direito é uma experiência vital; é a soma de atos que as gerações vão vivendo, umas após as outras, dominadas, todas, pelo ideal que chamamos

Deve-se observar, desde logo, que a análise normativa, inclusive quanto ao seu desenvolvimento, exige sempre a consideração de cinco grandes tópicos: a espécie de disposição (em vida e/ou morte), sua finalidade, o critério de morte adotado, a forma de consentimento e o nascimento da abordagem penal.

A primeira norma de transplantes de órgãos do País foi a Lei nº 4.280, de 6 de novembro de 1963,<sup>15</sup> portanto quando já se realizava transplante de suma importância no mundo. Mesmo assim, ela não tratava da disposição em vida; não definia univocamente a morte que pretendia como marco inicial do procedimento estudado e *não tinha qualquer caráter penal*. Determinava que ficava a cargo do *de cujus*, por escrito, a autorização de retirada de seus órgãos ou, se inexistente o documento, ao cônjuge e parentes, até segundo grau, ou às corporações responsáveis pelos despojos, religiosas ou civis, e a oposição para a mesma retirada (art. 1º). Curioso o aspecto religioso ainda impregnado na norma, a ponto de corporações deste caráter interferirem naquilo que, hoje, considera-se *assunto de família*.

Como pode ser avaliado, malgrado o mérito de ter deixado clara a finalidade terapêutica do ato médico, o pouco que nossa novel lei abordava (disposição de órgãos e tecidos em morte), o fazia de forma lacunosa, nem sequer definindo o termo inicial da morte, problema crucial do tema até os dias de hoje.<sup>16</sup> Por isto, era de se esperar que não tardasse a modificação legislativa, vinda apenas cinco anos depois.

A Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968, foi nossa primeira norma a comportar o caráter penal dos transplantes de órgãos e tecidos humanos. Agora, sim, nascia lei a tratar da disposição em vida e em

justo. A esta experiência histórica, que se concretiza no tempo, no fato social, que progride ou regride assumindo fisionomias e aspectos diversos, variando de lugar para lugar, de tempo para tempo, exprime-se em sistemas de normas positivas, as quais também damos o nome de Direito” (grifo nosso).

<sup>15</sup> Sua rubrica já anunciava: “Dispõe sobre a extirpação de órgãos ou tecidos de pessoa falecida” (grifo nosso).

<sup>16</sup> Ver art. 3º: “Para que se realize qualquer extirpação ou parte de cadáver, é mister que esteja provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais” (grifo nosso).

morte (arts. 4º e 10); com a estrita finalidade terapêutica ou científica; considerando a não oposição dos mesmos grupos para a disposição, mas com ordem hierárquica entre cônjuge, descendente, ascendente e colateral, respectivamente, e procurando melhor visualizar (digamos, assim) a problemática da morte: “o transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica” (art. 4º, parágrafo único).

Muito longe do que atualmente se debate acerca do *conceito de morte para transplantes de órgãos*, parecia evidente que a nova lei permaneceria não viabilizando a realização do ato médico em segurança, especialmente diante das discussões no âmbito do Direito Penal, como acerca da prática de homicídio. Para o médico, simplesmente *atestar que o paciente não tem possibilidade alguma de melhorar ou tratamento médico capaz de restituir-lhe a vida* não o leva a propor a retirada de seus órgãos e/ou tecidos. Este atestado, segundo José Adriano Marrey Neto (n. 578, p. 22, dez. 1983), seria “ocioso”. Ademais, é sabido que, via de regra, a comunidade médica trabalha de forma realista, o que implica, também, estar constantemente em busca da superação das doenças, as quais serão sempre vistas como passíveis de novos tratamentos. Este é o motor de seus estudos científicos:

[...] a finalidade da medicina é, na afirmação sublime de Desgenettes, ao discordar de Napoleão em Jaffa, conservar sempre. Quando nada mais tenha para conservar, não encurte a medicina a vida de ninguém. Procure poupá-la, prolongá-la (FÁVERO, mar. 1968, v. 389, p. 403).

A propósito, entendo que não é possível fazer uma norma, cujos maiores protagonistas são médicos e pacientes, e ignorar suas regras éticas e procedimentais. Devemos adotar legislação, embora firme e em prol do interesse público, consentânea com o grupo a que ela se destina.

À época da criticada lei, os médicos já sabiam (e precisavam participar da elaboração legislativa e da posterior regulamentação) que a morte não é ha-

bitualmente um momento, mas um processo, um estado transitório de evolução declinante, que deve ser atestado por fases, até que morto o cérebro, não o coração.

Mais uma vez, precisávamos de nova lei, tendo suportado, por anos, normas sem poder prático, em sacrifício de muitas vidas. Não por acaso, nenhuma das passadas leis haviam sido regulamentadas.

Sobreveio a Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992,<sup>17</sup> que manteve a abrangência da norma anterior quanto ao transplante em vida e em morte, com finalidade terapêutica e/ou científica, e as disposições penais, afastando as corporações civis ou religiosas da decisão da disposição, mas, acima de tudo, angariando grande mérito ao adotar um critério, o da morte encefálica (que vinha sendo utilizado no mundo), como termo inicial para retirada dos órgãos. Não que tal critério, em si, não fosse alvo de crítica, mas o Direito brasileiro, até então, ficava à margem da discussão mundial, não se inserindo, sequer, no debate técnico e na vivência das dificuldades práticas da tomada de posição.

Podemos concluir que apenas em 1992 o Direito brasileiro passou a ter uma Lei de Transplantes de Órgãos passível de aplicação, mas, no aspecto penal, teve que aguardar até a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Atualmente, encontra-se em vigor esta Lei nº 9.434/97, mas com as cruciais modificações feitas pelas Leis nº 10.211, de 23 de março de 2001, e nº 11.521, de 18 de setembro de 2007.

No mundo, a comprovar que o Brasil não trabalhou a destempo, o primeiro diploma legal do tema se deu em 1947, na França, sendo sucedido por leis, em 1950, na Espanha e na Suíça; em 1952, na Inglaterra; em 1957, na Itália; e em 1964, em Portugal.

### 4 Problemas bioéticos

Mesmo com toda essa mudança legislativa, muito ainda haveremos de dialogar na matéria, que apresenta sérios dilemas bioéticos.

<sup>17</sup> Regulamentada pelo Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993.



#### 4.1 Mudança do conceito de morte, homicídio, eutanásia, distanásia e mistanásia

Vimos que a lei atual acabou por adotar e regulamentar um novo conceito de morte, nunca antes utilizado pelo Direito Penal: o da *morte encefálica*. Até então, para qualquer crime que dependesse deste conceito, morto era o homem com todas as funções vitais cessadas, inclusive respiratórias e cardiovasculares, e sem mais poder contar com os instrumentos da medicina moderna.<sup>18</sup>

Isto se deu pelos avanços médicos que, desenvolvendo a técnica de transplantes de órgãos, identificaram um momento em que seria impossível o retorno das funções do cérebro, mas ainda não instalado o processo de degradação dos órgãos a serem removidos, mantidos de maneira artificial, até que desligados os respectivos aparelhos.

Se assim é, a intervenção médica para remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo para fins de transplante se dá em momento que, em outras situações, o ato médico seria criminoso, porque tido por vivo o doente. O critério especialíssimo da morte encefálica vale unicamente para a técnica médica ora estudada, e nada mais, sob pena de responder o médico (e eventuais co-autores) por homicídio.

O que não se duvida é que, em futuro próximo, inicie o brado dos réus (médicos e co-autores) que pretendam o reconhecimento do *novo conceito de morte* para todo e qualquer ato médico que dele dependa, posto que a própria ciência abalizada para tal (ou parte dela<sup>19</sup>) garante sua validade.

<sup>18</sup> "A cessação dos fenômenos vitais, não ao mesmo tempo", como definido por Cousiño Mac Iver; "a parada da respiração e das pancadas cardíacas", como definido por Enrico Altavilla (apud MARQUES, 1999. v. 4, p. 107).

<sup>19</sup> Os próprios médicos (já que estes conceitos refogem à opção do jurisperito e, mais ainda, do Poder Legislativo), passaram a divergir quanto à adoção do critério da morte encefálica, parte deles doutrinando no sentido de eventual possibilidade de reversibilidade do estado do paciente, que, portanto, estaria ainda vivo. O médico Roberto Hirsch, responsável pela equipe do Hospital das Clínicas de São Paulo, afirma, categoricamente, que "não há motivo para a família pensar que a vítima de morte encefálica possa voltar a viver. Não há como confundir um coma reversível com um irreversível. Para evitar erros, o Conselho Federal de Medicina estabelece um procedimento para aferir esse tipo de morte. Na morte encefálica, não só o cérebro pára de funcionar,

Curioso, por outro lado, que, para os atos criminosos que não se confundem com as intervenções médicas ora citadas, o critério clássico de morte é o que mais favorece o réu. Imaginemos a hipótese do sujeito que atira no seu desafeto, o qual permanece hospitalizado com diagnóstico de *morte encefálica*. Sem dúvida, a defesa técnica sustentará, até eventual "*morte clássica*", o homicídio tentado.

Mesmo que a família dessa vítima anunciasse o desejo do transplante dos órgãos (permitido para a situação médica, mas, indiretamente, consumando o homicídio), este não poderia ser feito pelo médico, observado o crime do art. 14, baseado na regra que impede anterior transplante nos casos que exigem necropsia (art. 7º, parágrafo único, da lei).

O exemplo em questão, aliás, se amolda a todos os crimes contra a vida, bem como àqueles agravados pelo resultado morte.

Além destas questões, podendo o médico, para fins de transplante, desligar lícitamente os aparelhos da pessoa com *morte encefálica*, vislumbra-se o perigo de se "encontrar um meio de atingir a condição ético-jurídica da eutanásia" (LIMA, 1996, p. 22). Explico: é possível que, diante de uma pessoa muito doente (não morta), o médico entenda correto praticar a eutanásia e use o argumento do transplante, como

mas também o tronco cerebral, que faz toda a ligação nervosa do corpo e da cabeça. O cérebro morre, mas, muitas vezes, com a ajuda dos aparelhos, o coração continua batendo e sustentando órgãos. Isso não significa que há volta" (*Entrevista à Folha de S. Paulo*. Disponível em: [www.unifesp.br/comunicacao](http://www.unifesp.br/comunicacao). Acesso em: 11 ago. 2004). É acompanhado do Prof. José Roberto Pagura, que diz "não conhecer nenhum caso de morte encefálica reversível". Já o médico Cícero Galli Coimbra, professor-adjunto do Departamento de Neurologia e Neurocirurgia da Universidade Federal de São Paulo, vem realizando intenso trabalho para conscientizar a população, os médicos e o próprio governo de que os critérios adotados para o diagnóstico da morte encefálica no Brasil (e no mundo) são falhos e perfeitamente vencíveis, se os pacientes forem submetidos à hipotermia (resfriamento do corpo de 37 °C para 33 °C, por um período entre 12 e 24 horas).<sup>20</sup> Também afirma com convicção: "[...] os critérios clínicos utilizados para o diagnóstico de morte encefálica não são (nem jamais foram) fundamentados em achados científicos, senão vinculados a erros de raciocínio e conceitos confusos, mal aplicados ou formulados [...]". O autor não se limita às duras críticas, inclusive ao Governo e ao Conselho Federal de Medicina, como também fundamenta tecnicamente sua posição, tema que deixaremos a cargo dos médicos.

meio de abreviar a vida desse paciente, diagnosticando a morte encefálica e colhendo o consentimento dos familiares (que, hoje, é o que basta). O ato pode se dar, mais, em conluio com estes próprios familiares. Contudo, tudo isso se dará sem o importante pedido da vítima, que é elemento da eutanásia! A vida do paciente fica nas mãos do médico e/ou de seus familiares, sem que ele tenha sido consultado sobre sua vontade (já que praticada suposta eutanásia).

Diz-se *como meio*, pois a finalidade da eutanásia é totalmente diferente da do transplante, daí ainda ser considerada homicídio no Direito brasileiro.<sup>20</sup> "o homicídio eutanásico é aquele que é praticado para abreviar, piedosamente, o irremediável sofrimento da vítima, a pedido ou com o assentimento desta" (HUNGRIA, 1955, v. 5, p. 125). Assim (independentemente das discussões acerca da aceitação de sua realização), a eutanásia não pressupõe, por definição, irreversibilidade das funções do cérebro, senão *irremediável sofrimento*, estando a *pessoa viva*, e, ainda, conta com a anuência dessa pessoa, não simplesmente dos familiares.

Portanto, não há que se confundir eutanásia, em suas várias modalidades,<sup>21</sup> com a interrupção da sustentação vital por meios mecânicos, quando da ocorrência da morte encefálica, no seu sentido estrito e médico, porque o paciente já está morto e

não pode existir eutanásia de quem já morreu (GOGLIANO, v. 1, n. 2, p. 155-156, 1993).

Por tudo isso, é forçoso reiterar que o diagnóstico da morte encefálica deve ser o mais criterioso possível, para que corresponda, de fato, à ausência de vida cerebral.

No mais, recordamos que a *distanásia* é o contrário da eutanásia. Vem do grego *dis* = mal e *thánatos* = morte, ou seja, a "má morte",<sup>22</sup> sendo abreviada o máximo possível, por todos os meios de que dispõe a atual medicina, ainda que, supostamente, não haja esperança de cura, e, assim, impingindo ao paciente sofrimentos adicionais. Logicamente, não há como concordar com esse "sofrimento adicional" (se é que ele existe, a ser detectado medicamente), mas não é dado ao médico estabelecer, fora das regras legais, o momento da morte de seu paciente.

Por fim, se é que a comunidade jurídica já adotou e refletiu sobre a proposta de existência da quarta categoria, chamada *mistanásia*,<sup>23</sup> vejo que, em especial quando se trata de fila para transplantes de órgãos, muitos brasileiros são vítimas, por motivos

serem vividas'; da verdadeira e própria eutanásia, traduzida na morte dada pelo médico a um paciente incurável e em sofrimento, e da pura 'ortotanásia' – auxílio médico à morte – que é a ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte" (MARTINS, 1986, p. 105). O termo eu corresponde ao grego "bom" e thánatos ao grego "morte"; portanto, "boa morte". O termo orthós corresponde ao grego "justo"; portanto, "justa morte".

<sup>22</sup> Também é chamada de "intensificação terapêutica" ou "obstinação terapêutica".

<sup>23</sup> A confundir ainda mais os tantos conceitos, Leonard Martin sugeriu um quarto termo (além da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia): a mistanásia, ou seja, a morte miserável, fora e antes da hora. Explica: "dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a serem pacientes, pois não conseguem ingressar, efetivamente, no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem serem pacientes para, em seguida, se tornarem vítimas de erro médico; e terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana" (Apud GOLDIM, José Roberto. Eutanásia. Disponível em: <[www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm)>. Acesso em: 2 maio 2007).

<sup>20</sup> Lembramos que o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal não prevê a despenalização da eutanásia, senão sua nova classificação como homicídio privilegiado: "Art. 121. § 3º. Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados: pena – reclusão de dois a cinco anos" (texto entregue ao Ministro da Justiça em março de 1999). Mesmo o tal privilégio é criticado pela doutrina: "qual a razão de se criar figura específica da eutanásia, com uma pena tão reduzida em relação ao homicídio simples do 'caput'? A jurisprudência já vem entendendo, até aqui, que a eutanásia (desde que se comprove que o agente matou a vítima, por um real sentimento de piedade) configura o privilégio do relevante valor moral, mesmo no sistema penal vigente (RJTSP) [...] é mais incompreensível ainda a pretensão de não se considerar crime a ortotanásia" (CONSTANTINO, 1998, p. 17).

<sup>21</sup> "A eutanásia em sentido lato abrange três hipóteses suscetíveis de distinção: do aniquilamento das chamadas 'vidas indignas de



sociais, da "morte miserável", sem obter sequer acesso ao único tratamento que lhes daria a possibilidade de recuperação da saúde.<sup>24</sup>

#### 4.2 Transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo de anencéfalo

Não é nova a celeuma acerca da aceitação do chamado abortamento eugenésico, que tem no feto anencéfalo uma de suas possibilidades. Cabe registrar que, cada dia mais, os Conselhos de Medicina, Regionais e Federal, vêm aceitando, eticamente, tal prática,<sup>25</sup> embora ainda francamente punível no Direito Penal brasileiro (salvo se a gravidez causar risco de vida para a mãe).<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Recentemente, *O Estado de S. Paulo* publicou matéria mostrando a saga de vários brasileiros que, sem sistema de transplantes organizado em suas regiões, chegam a mudar de Estado, em busca da sua inserção na fila única (não ainda certos da obtenção do órgão), denominando-os os "migrantes do transplante" (WESTIN, Ricardo. Fila cria "migrantes" do transplante. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 set. 2006, p. A36, Caderno Vida &.).

<sup>25</sup> Ver Consulta/CRM-SP n. 8.905/98 e longa discussão médica a respeito disponível em <www.portalmedico.org.br/revista/bio2v6/casoclinico.htm> e, ainda: Consulta/CRM-Paraíba n. 07/2000.

<sup>26</sup> É crime pela legislação brasileira. Entretanto, não podemos deixar de registrar recente concessão de liminar pelo ministro Marco Aurélio de Mello, do STF (datada de 10 de julho de 2004), para que qualquer gestante pudesse se submeter ao abortamento de filhos anencéfalos, sob o argumento da "imposição, à mulher e sua família, de danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina" (ADPF/54 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54-DF, promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde). Em 20 de outubro de 2004, o plenário do mesmo Tribunal, por sete votos (ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim) a quatro (Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, além do relator), cassou tal liminar. O mérito da ação ainda não foi julgado e, hoje, o Ministro Marco Aurélio vem anunciando que realizará audiências públicas, enquanto quatro ministros já votaram pelo arquivamento da ação, pois "o STF estaria substituindo o Congresso na tarefa de legislar". Segundo estimativa do Dr. Marcos Frigério, Médico-assistente do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, a própria Justiça já concedeu aproximadamente 350 alvarás a gestantes, cujos diagnósticos médicos apontavam alguma anomalia fetal (apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A velha e sempre nova polêmica do aborto. *Jornal da USP*. Disponível em: [www.usp.br/jorusp/arquivo/1997](http://www.usp.br/jorusp/arquivo/1997). Acesso em: 21 jun. 2005).

A essa séria decisão soma-se, aqui, uma nova e mais intrincada questão: se aceito tal abortamento, os órgãos desses fetos, que não têm possibilidade de vir a ganhar por muito tempo fora do útero materno, poderão salvar as vidas de outros recém-nascidos com poucas medidas alternativas, posto que bastante raras as causas de morte encefálica infantil (muito limitadas aos casos de asfixia perinatal, morte súbita neonatal, acidentes ou maus-tratos), com conseqüente baixa disponibilidade de órgãos para transplantes em crianças.

Por primeiro, esclarece a medicina que *anencéfalo* (ou seja, "sem cérebro") é termo inadequado e não aprimorado, pois "a má formação do tubo neural, acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, causa ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem, em grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto. Ausentes estão os hemisférios cerebrais e os tecidos cranianos que os encerram, mas presentes o tronco encefálico e porções variadas do diencefalo".<sup>27</sup>

Existem, pois, diversas espécies de má-formação, a serem rigorosamente avaliadas,<sup>28</sup> daí a sugestão de definir estes doentes como *oliencefalos* ou *disencefalos*.

Ademais, embora inegável que os fetos com essas variadas má-formações são gravemente deficientes no plano neurológico e portadores de doença letal, pesquisas indicam o nascimento de 40% a 60% deles,<sup>29</sup> com 8% vivendo mais de uma sema-

<sup>27</sup> LEMIRÉ, R. J.; BECKWITH, J. B.; WARKANY, J. *Anencephaly*. New York: Raven Press, 1978. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br). Acesso em: 13 jul. 2005 (grifos nossos).

<sup>28</sup> A doutrina médica apresenta hipóteses bem variadas, como: síndrome da banda amniótica (amputações, mas não malformações dos órgãos internos), iniencefalia (má formação na coluna cervical), encefalocele (defeito no tubo neural), hidrocefalia etc.

<sup>29</sup> SPEES, E. K.; CLARK, G. B.; SMITH, M. T. *Are anencephalic neonates suitable as kidney and pancreas donors?* In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br). Acesso em: 13 jul. 2005.

na e 1% entre um mês e três meses.<sup>30</sup> Já foi relatado caso de sobrevivência até quatorze meses<sup>31</sup> e dois casos de sobrevivência de sete a dez meses, ambos sem recorrerem à respiração mecânica.<sup>32</sup>

Mesmo assim, o CFM, em setembro de 2004, editou a Resolução nº 1.752/04, considerando os anencéfalos, de plano, "natimortos cerebrais", e, portanto, passou a aceitar, sob o aspecto ético, a retirada dos seus órgãos para transplante, logo após o nascimento, apenas com a autorização formal de ambos os pais, descartando a exigência da realização de exames complementares.

Sendo assim, uma vez que o tipo penal do art. 14, *caput*, c.c. art. 3º, *caput*, considera ilícito apenas o ato que esteja em desacordo com os critérios fixados por Resolução do CFM (norma penal em branco), concluímos que a retirada dos órgãos do anencéfalo, logo após o nascimento, e sem qualquer exame complementar, é ato lícito no Brasil. A norma penal em branco tem a Resolução/CFM nº 1480/97 como regra, e a Resolução/CFM nº 1.752/04 especifica para anencéfalos.

Não se duvida dos conhecimentos médicos de nossa sociedade, mas o fato é que, mais uma vez, presenciemos o dilema da conceituação do início da vida e do marco da morte,<sup>33</sup> equívoco na medicina mundial (e, por conseqüência, na medicina brasileira). Já se disse, aliás, que "é inútil pretender encerrar tal dilema, pois a morte nunca é natural, é cultural, cabendo ao homem sua definição",<sup>34</sup> como feito pelo CFM.

<sup>30</sup> POMERANCE, J. J.; SCHIFRIN, B. S. *Anencephaly and the baby doe regulations*. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br). Acesso em: 13 jul. 2005.

<sup>31</sup> SHEWMON, A. *Anencephaly: selected medical aspects*. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br). Acesso em: 13 jul. 2005.

<sup>32</sup> Mc ABEE, G.; SHERMAN, J.; CANAS, J. A.; BOXER, H. *Prolonged Survival of Two Anencephalic Infants*. In: COMITÊ ITALIANO PARA BIOÉTICA. *O recém-nascido anencéfalo e a doação de órgãos*. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br). Acesso em: 13 jul. 2005.

<sup>33</sup> João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (1995, p. 62-70), em estudo detalhado, classificou as várias posições: a) o anencéfalo igual a um morto, podendo serem retirados seus órgãos imediatamente após o parto, mesmo que respire; b) a anencefalia como cate-

Apenas consignamos que há francas posições em contrário, como aquela adotada pela Faculdade de Medicina da Universidade de Loma Linda, nos Estados Unidos, que propôs a ventilação dos anencéfalos, até a verificação da morte cerebral, tendo adotado protocolo nesse sentido (ver LOUREIRO, 1995, p. 68).

E não se diga que a retirada dos órgãos do *anencéfalo* pede maior urgência para evitar sua degradação, pois, como qualquer outro paciente menor de sete dias, que se supõe em morte encefálica, restaria a realização da constatação, aguardando os órgãos pelo mesmo tempo. Não se diga, mais, que a manutenção da vida do anencéfalo é mero interesse econômico dos hospitais, pois tal suposição não vale tanto quanto aquela vida.

Com todos estes "senãos", questiono, finalmente, como aceitar o abortamento do anencéfalo *atrelado* ao argumento de que servirá, pelo transplante dos órgãos do feto, para salvar outra vida. São temas separados (abortamento e posterior possibilidade de transplante) e o melhor argumento para aceitar esse abortamento não é a possibilidade de salvar outra vida pelo transplante; até porque a medicina já tem encontrado outros meios para tanto.<sup>35</sup>

#### 4.3 Transplante de células-tronco de embrião

Células-tronco, em especial, são aquelas presentes na medula, "na parte interna" ou "do meio"

goria especial, justificando diferente tratamento, consubstanciando na dispensa do critério da morte cerebral; c) o anencéfalo é vivo, mas moribundo sem qualquer esperança, permitida a retirada dos órgãos, e d) o anencéfalo deve ter ventilação até a verificação da morte cerebral – protocolo de Loma Linda University. Opta por esta última tese, repisando os direitos fundamentais do anencéfalo, que não pode servir a idéias utilitaristas.

<sup>34</sup> Ver FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, v. 833, mar. 2005. Disponível em: [www.usp.br/nemge/textos\\_relacoes\\_juridicas/anencefalia\\_silvafranco.pdf](http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf). Acesso em: 13 jul. 2005.

<sup>35</sup> Há notícia de cientistas que retiraram células de blastocistos (células com poucos dias de vida, que crescem em óvulos fertilizados) para, a partir delas, desenvolverem, em laboratório, células humanas não especializadas, capazes de formar qualquer tipo de tecido no organismo humano, com o fim de transplantar sem



de algum órgão,<sup>36</sup> o qual se opõe à sua parte extensa, chamada de córtex. Por isso, "transplante de medula" é a expressão antiga daquilo que, hoje, denomina-se "transplante de célula-tronco". Essas células têm grande capacidade de multiplicação, formando diversos tecidos do corpo, inclusive as células do sangue e da imunidade (linfócitos), motivo pelo qual chamaram atenção dos pesquisadores da área. A maior concentração delas está na parte interna dos ossos, especialmente da bacia, cuja obtenção, aliás, é relativamente fácil.

Na atualidade, o transplante de células-tronco, é inegável, marca o grande passo da medicina, já tendo dado resposta aos efeitos maléficos da necessária quimioterapia aplicada a pacientes de doenças graves, como leucemias, linfomas e mielomas. É por isso que a atual lei abre importantes exceções para este tipo de transplante.<sup>37</sup>

Contudo, há tecidos dos quais não dispomos de métodos práticos para isolar as células-tronco (como o músculo do coração e os neurônios). Na esperança de então regenerá-los, bem como tratar de lesões de medula espinhal e reduzir a morbidade em casos de acidente vascular cerebral, tem sido feito o transplante de células-tronco do bebê, contidas em grande quantidade no sangue do cordão umbilical e na placenta, materiais que antes eram simplesmente descartados.<sup>38</sup>

Toda essa lógica, fez que os cientistas, no afã de melhorar ou salvar vidas, pensassem em ir além:

que haja risco de rejeição. Essa técnica é útil em transplantes parciais de órgãos e tecidos, no sentido de repará-los (COIMBRA, Cícero Galli. *Utilização de órgãos de grupos populacionais com autonomia reduzida*. Disponível em: [www.mail-archive.com/penal](http://www.mail-archive.com/penal). Acesso em: 13 jul. 2005.).

<sup>36</sup> Ver ASSOCIAÇÃO PRÓ-VITA. *Transplante de medula óssea: Conceitos básicos*. Disponível em: [www.provita.org.br](http://www.provita.org.br). Acesso em: 16 jul. 2005.

<sup>37</sup> Ver art. 9º, *caput* (dispensa de autorização judicial para o transplante fora do seio familiar), § 6º (única doação permitida aos juridicamente incapazes, com autorização dos responsáveis e sem risco à sua saúde), e § 7º (única doação permitida às gestantes, desde que sem risco à sua saúde).

<sup>38</sup> Em setembro de 2004, por iniciativa da Sociedade Brasileira de Transplante de Medula Óssea (SBTMO), o Ministério da Saúde

buscar células-tronco contidas no próprio embrião, "supostamente" cerne de maior pureza e potencial de diferenciação.

Estas células seriam como curingas: ainda não foram diferenciadas para formar os tecidos que compõem o organismo, podendo se transformar em células ósseas, renais, e até cardíacas ou neuronais, dependendo da necessidade e do poder de regeneração de cada órgão. (*Revista Super Interessante*, nov. 2005, p. 62)

Diz-se "supostamente", pois estudiosos, como o geneticista Alberto Moreira Filho (2005), professor do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo, advertem que "é temerária a excessiva expectativa que se tem criado para os pacientes, pois ainda não sabemos o que as células embrionárias podem fazer, inclusive de forma perigosa, como criar tumores, dada a grande plasticidade".<sup>39</sup>

De qualquer forma, a técnica só pode ser aplicada em detrimento da vida que ali já está presente. No momento em que o embrião é tocado, falece a vida que carrega.

Assim, o mesmo louvável desejo de curar os doentes fez que parte da comunidade científica logo passasse a reavivar antiga discussão acerca do ponto de partida da vida, mas no nítido sentido de fazer valer a tese de que, para tanto, não basta a fecundação do óvulo com o espermatozoide.

Tamanha a "ferida" tocada, os especialistas acabaram catalogando, no mínimo, quatro grandes correntes científicas, além daquelas menos expressivas. Vale anotar: a) a vida se inicia com a fecundação, quando óvulo e espermatozoide se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo

lançou uma rede pública de bancos de armazenamento de sangue de cordão umbilical e placentário, chamada BrasilCord, para atendimento de pacientes que necessitam de células-tronco (ABRALE. *Sangue do cordão umbilical e placentário*. Disponível em: [www.abrale.org.br/doencas/celulas](http://www.abrale.org.br/doencas/celulas). Acesso em: 16 jul. 2005. Homepage desenvolvida pela Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia).

<sup>39</sup> Em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 16 out. 2005, p. A28, Caderno Vida &.

com um conjunto genético único; b) a vida só se origina com a gastrulação, que ocorre na terceira semana da gravidez, quando o embrião, formado por três camadas distintas, chega ao útero da mãe e não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas;<sup>40</sup> c) a vida se inicia com a aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral (embora difícil tal marco); e d) a vida se origina com a capacidade de sobreviver fora do útero.<sup>41</sup>

Os importantes avanços científicos e tecnológicos diretamente relacionados ao feto, novos conhecimentos da embriogênese e novas perspectivas, quanto à utilização do tecido fetal com fins terapêuticos (transplantes e enxertos), "têm-nos exigido mais atenção para o embrião e o feto, sujeitos de considerações de ordem médica, legal, social, religiosa e ética" (SEGRE, v. 2, n. 1, p. 73, 1994, grifo nosso).

Certamente, a singela idéia de que o embrião é "um monte de tecidos, em plaquinhas, em tubos de ensaio",<sup>42</sup> não nos convence. A medicina identifica os primeiros movimentos do feto já na 7ª e 8ª semanas, chamados de *vermiculares*, seguindo-se a outros de novas espécies, sem nunca mais cessar. Na 10ª semana o feto tem sensibilidade auditiva; na 12ª semana, de paladar, na 20ª semana, tátil (pele e mucosas), quando também já tem pálpebras abrindo e fechando...

São essas inequívocas manifestações de vida que nos forcem concluir pelo termo inicial da fecundação,<sup>43</sup> observando que as demais propostas

<sup>40</sup> Lembre-se que daí decorre a defesa da pílula do dia seguinte.

<sup>41</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1. p. 174. 59 Ver RT 488/327. Sem aprofundar-se no tema, no Direito Penal, a propósito da conceituação de cadáver, adotam esta posição Julio Fabbrini Mirabete (1998, v. 2, p. 399); Nelson Hungria (1956, v. 8, p. 82) Celso Delmanto et al. (2000, p. 410) e Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 663).

<sup>42</sup> Carlos Alberto Moreira Filho, geneticista, professor do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo e diretor-superintendente do Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Israelita Albert Einstein, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, 16 out. 2005, p. A28, Caderno Vida &.

<sup>43</sup> E não se contra-argumente (como de costume) que este é um posicionamento com viés religioso, pois, além do amparo técnico-científico, encontramos expoentes da religião com opiniões diversas: "Santo Agostinho dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que julgava ocorrer 40 ou 80

falecem, ora pela individualidade já existente, ora pela existência de tantas outras funções, que não apenas cerebrais.

Embrião é vida e, é preciso salientar novamente, que não pode ser considerada apenas em seu sentido biológico, de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua aceção biográfica mais compreensiva.

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma a todo momento, sem perder sua identidade. Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa, que tem unidade, identidade e continuidade substanciais. (SILVA, 1995, p. 194)

Assim como o homem, o embrião é dotado de personalidade, ou seja, de caracteres exclusivos, que o distingue de qualquer outro ser humano, morfológica, fisiológica e psicologicamente. É "ser irrepitível, cuja configuração biopsíquica somente se manifesta em si mesmo" (LEITE, 2000, p. 7).

Em decorrência do próprio direito à vida, a proteção dessa personalidade, única em cada um dos seres, também é preocupação constitucional. É o Direito da Personalidade a reger "as faculdades jurídicas, cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos" (FRANÇA, 1975, p. 403, apud LEITE, 2000, p. 12). São direitos da personalidade, ligados, indissolúvelmente, à pessoa de cada ser humano: a vida, a integridade física, psíquica e moral, a liberdade, a honra, a intimidade, o nome<sup>44</sup> "[...],

dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher" (apud HUNGRIA, 1956, v. 5, p. 265).

<sup>44</sup> Alguns doutrinadores, nacionais e estrangeiros (como: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, e FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 411), procuraram, didaticamente, classificar os direitos da personalidade: 1 DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA: direito à vida, à integridade física e sobre as partes separadas do corpo e do cadáver; 2



todos úteis para ele ser o que é, não se confundindo com direitos patrimoniais".<sup>45</sup> Neste rol se insere o próprio corpo humano; daí a referência do Código Civil (CC), no capítulo do tema, ao transplante de órgãos.<sup>46</sup>

A propósito, embora o CC, em seu art. 2º, estabeleça que a personalidade se inicia do nascimento com vida,<sup>47</sup> postos a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, várias, e majoritárias, são outras regras, do mesmo CC, em que o *infans conceptus* é tido como pessoa:

a) art. 359 (hoje art. 1.611): legitimação do filho apenas concebido; b) art. 357, parágrafo único (hoje art. 1.009, parágrafo único): reconhecimento do filho anterior ao nascimento; e c) art. 1.718 (hoje art. 1.799, inciso I): capacidade do nascituro para adquirir por testamento; todas elas ainda em vigor no novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). No fundo, vemos que "recorre-se a uma construção forçada das pessoas jurídicas implícitas para explicar o exercício dos direitos do nascituro [...] parece mais lógico afirmar, francamente, a personalidade do nascituro". (BEVILÁQUA, 1955, v. 5, p. 278)

Finalmente, é possível dizer que a personalidade se inicia antes mesmo do nascimento, conforme interpretação da Teoria da Concepção:<sup>48</sup> "a condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas, tão somente, para que se consolide a sua capacidade jurídica" (FRANÇA, 1999, p. 44).

DIREITO À LIBERDADE; 3 DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE: direito à honra, à intimidade e ao segredo; 4 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL: direito ao nome, ao título e ao signo figurativo e 5 DIREITO MORAL DO AUTOR E INTERVENTOR.

<sup>45</sup> Ainda que, se ofendidos, possam gerar indenização.

<sup>46</sup> Cap. II – Dos Direitos da Personalidade – Arts. 13 e 14, do Código Civil brasileiro.

<sup>47</sup> Claro está que basta a vitalidade, não a viabilidade.

<sup>48</sup> Adotada por professores como Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, André Franco Montoro, Limongi França e Silmara Chinelato e Almeida.

Em verdade, as manobras conceituais acerca da vida do nascituro revelam, acima de tudo, que não há quem admita, sem escrúpulos, dar fim a ela. Por certo, não é esse o objetivo final dos cientistas que pedem urgência na regulamentação da *Lei de Biossegurança* (Lei nº 11.105/95), a qual, entre nós, em seu art. 5º, já autoriza

[...] para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que inviáveis ou congelados há três anos ou mais, com consentimento dos genitores.

Entretanto, diante do pouco que se sabe a respeito do "poder" das células embrionárias, embora necessárias as pesquisas, elas devem ser *limitadas*, de modo a *sopesar o interesse da vida doente e o interesse da vida que servirá à ciência*:

[...] não sabemos o que as células embrionárias podem fazer. O estudo é importante para conhecer os caminhos de diferenciação celular, entender que fatores levam à formação de epiderme, neurônio ou músculo. Isso é muito importante para sabermos que fatores de estimulação serão usados numa terapia real.<sup>49</sup>

Por isso, por ora, discordamos da atual permissão de uso de células de embrião para terapia, senão *em pesquisa*. Ainda assim, entendemos que apenas as células de *seres fertilizados in vitro* e *inviáveis* poderiam ser utilizadas, nunca daqueles meramente congelados há determinados anos. Dessa forma, embora existente um verdadeiro abortamento eugenésico, estaríamos permitindo, pela estrita pesquisa e sem banalizar a vida, um

<sup>49</sup> Carlos Alberto Moreira Filho, geneticista, professor do Instituto de Ciências Biomédicas da USP e diretor-superintendente do Instituto de Ensino e Pesquisa do Hospital Israelita Albert Einstein, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 16 out. 2005, p. A28, Caderno Vida &.

melhor posicionamento dos *experts* da medicina, em compasso com o Princípio da Adequação Social: "a relevância penal é aferida, no caso concreto, pelos critérios da nocividade social da conduta, desvalor da ação e do resultado, grau de lesividade ao bem jurídico tutelado e necessidade de aplicação da pena (individual e socialmente), analisados em conjunto. O anseio de Justiça levou o espírito humano à formulação de um conceito mais elaborado. Da tipicidade formal, chegou-se a um conceito material que engloba um juízo de valor mais adequado à complexidade dos fatos. O comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de crime, como também ser ofensivo e socialmente reprovável. É bom lembrar que o direito penal só é legítimo se for aplicado como a *ultima ratio*".<sup>50</sup>

Cabe lembrar que, na complexa vida em comunidade, o exercício de "bom senso social" sempre foi solicitado ao Direito Penal, interferindo o Estado na medida do necessário para o "todo são". Em sede de crimes contra a vida, por exemplo, enquanto, em regra, punido o abortamento, tolera-se o ato, se a gravidez se deu em razão de estupro ou se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

No mais, questionamos, com veemência, o fato de serem pouco desenvolvidos, num país que já discute e admite sacrifício de vida embrionária, *os bancos de células-tronco de cordão umbilical*<sup>51</sup> e *placenta*. Pior, pouco se fala das pesquisas com o *valioso material de abortamentos espontâneos*.<sup>52</sup> Estas,

<sup>50</sup> Como ensina Edison Miguel da Silva Jr., procurador de Justiça e coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de Goiás.

<sup>51</sup> Ainda no último dia 14 de fevereiro de 2006, o jornal *O Estado de S. Paulo* anunciou a pesquisa do doutorando da USP/Ribeirão Preto, Rodrigo Alexandre Panepucci, que mapeou os genes do cordão umbilical e demonstrou que suas células-tronco são mais eficientes que as da medula óssea.

<sup>52</sup> "Não dispomos de células-tronco para isolar tecidos como do músculo do coração ou dos neurônios. Assim, para a doença de Parkinson, podemos obtê-las dos próprios fetos, abortados entre seis e nove semanas, e os neurônios transplantados sobrevivem no cérebro do receptor por mais de dez anos, liberando dopamina e produzindo melhora parcial da sintomatologia" (ZAGO, Marco Antônio. *Injeções de vida*: clonagem e terapia celular. Disponível em: [www.mct.gov.br/especial/cloneo3\\_zhtm](http://www.mct.gov.br/especial/cloneo3_zhtm). Acesso em: 16 jul. 2005).

sim, demonstram o "poder" da ciência, que não precisa "destruir" para salvar.

Todo este estudo, especialmente quando nasce argumentos para que vidas humanas sejam ceifadas, exige que saibamos que a medicina continua em franco desenvolvimento, já na era, embora restrita, do transplante de tecidos e órgãos de outras espécies animais (denominados xenotransplantes ou heterotransplantes) ou, mesmo, artificiais (denominados implantes), revelando promissoras possibilidades. Depois de transplantes nunca antes esperados, como de língua<sup>53</sup> e face, hoje também são colocadas, com sucesso, válvulas de boi ou artificiais em corações humanos.

Acima de tudo, é necessário que reconheçamos que "os transplantes são uma grande conquista da ciência, mas a serviço da vida humana".<sup>54</sup> Louvemos, finalmente, o trabalho do Supremo Tribunal Federal que, diante da ADIN nº 3.510, proposta pelo D. Procurador-geral da República, vêm ouvindo, por intermédio de audiência pública, os especialistas na matéria, de forma a buscar o melhor posicionamento brasileiro.

#### 4.4 O estado de necessidade

Talvez uma das questões mais intrincadas em tema que busca harmonizar a escoreta distribuíção e desenvolvimento da saúde pública com a plena garantia do direito individual, seja avaliar a admissibilidade da alegação do estado de necessidade, que leva, por exemplo, a família de um receptor, ou ele mesmo, a comprar um órgão, contrariando todo espírito constitucional da gratuidade e infringindo o art. 15 da lei específica.

<sup>53</sup> Em julho de 2003 foi anunciado o primeiro transplante de língua, realizado no Hospital Geral de Viena, na Áustria, contando com paciente voluntário, que era portador de câncer naquele órgão, além da mandíbula inferior e amídalas (CREMESP. Homepage. *Nova Meca do Tráfico de Rins*. Disponível em: [www.cremesp.org.br/bioetica/noticias/ultimas](http://www.cremesp.org.br/bioetica/noticias/ultimas). Acesso em: 9 abr. 2004).

<sup>54</sup> VATICANO. Homepage. *Discurso do Santo Padre João Paulo II aos participantes no XVIII Congresso Internacional sobre os Transplantes*. Disponível em: [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf\\_jp2000\\_07\\_12\\_2004](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp2000_07_12_2004).



O legislador, ao tomar firme posicionamento contra o comércio de órgãos, por certo, já estava optando pelo futuro desenvolvimento da saúde pública, ainda que em detrimento do ilusório, mas imediato, atendimento individualizado. Tomava, mais, decisão no sentido de que a evidente necessidade de todos os doentes abarcados pela lei não merecia a assunção do corpo humano como mero objeto de barganha.

Estas conclusões, entretanto, não conflitam com a possibilidade da ocorrência do efetivo “estado de necessidade”, tal qual previsto no Código Penal, e não simplesmente da “necessidade”, que é implícita ao tema. Necessitar, não se duvida, todos necessitam; mas nem todos têm o “perigo atual” que justifique o reconhecimento da excludente.

A antijuridicidade do ato, pois, haverá de ser admitida após cuidada análise da prova da atualidade do perigo, neste caso, perigo de vida. O mencionado Código, ao contrário do que fez com a legítima defesa, não admite a iminência do perigo, exata linha divisória entre os atos aqui justificáveis ou não.

Devemos ter em mente que “perigo atual é aquele em que existe a probabilidade presente e imediata de dano ao bem jurídico. O perigo é sempre uma probabilidade, mas que aqui abrange o que está prestes a ocorrer, não o que é possível no futuro remoto” (MIRABETE, 1998, v. 1, p. 174).

É indefensável, especialmente em tema de transplantes de órgãos, a tese de que, também no estado de necessidade, à vítima não seria justo impor a espera do perigo atual, ora iminente, para poder agir.<sup>55</sup> Aí, sim, estaria sendo burlada a regra legal do afastamento do escambo, posto que quase todas as vítimas, que necessitam do transplante de órgão, estão na iminência do perigo atual.

Lembrando que o crime do art. 15 da lei é sempre plurissubjetivo, o sujeito que vende ou de qualquer forma comercializa o órgão ao receptor ou sua família só poderá se valer do mesmo argumento da excludente de antijuridicidade se provar estado de

necessidade para salvar perigo atual *próprio*, além dos demais requisitos legais. Isto porque, obviamente, não iria vender o órgão se sua intenção fosse apenas salvar o perigo atual *alheio* do receptor; mas, sim, doá-lo.

Foi levantada na doutrina,<sup>56</sup> também, a esdrúxula hipótese do médico que, alegando estado de necessidade, para salvar a vida de outro paciente, retira os órgãos do morto encefálico sem procurar obter o consentimento da família. Digo esdrúxula, pois o contato estreito com a matéria revela, cada dia mais, a grande preocupação dos médicos com o consentimento, que, até sem previsão legal, tomam por escrito.

De qualquer forma, também nesta hipótese não poderemos descartar o estado de necessidade, uma vez indubitavelmente identificada a ocorrência de todos os requisitos do instituto.

Finalmente, muito se tem polemizado acerca da fila única de transplantes, como abordado em tópico anterior. O mais legítimo uso do estado de necessidade (se é que é possível tal redundância) tem ocorrido justamente quando os médicos decidem operar doente terminal, passando-o na frente dos demais na fila única.<sup>57</sup> A intenção é visivelmente amparar a todos, na medida do perigo atual.

Frisa-se que é de suma importância a observância das seguras provas dos requisitos do estado de necessidade no caso concreto, para que não se criem perigosos precedentes na matéria:

[...] se há señalado la necesidad de una interpretación cuidadosa del alcance de los requisitos de la eximente, so pena de tener que declarar ilícitos, por imposición legal, comportamientos que, desde un punto de vista ético-social, resultan intolerables para una convivencia ordenada (GOROSTIAGA, 1996, p. 441).

<sup>56</sup> Ver entrevista de Celso Bastos à Revista *Consulex*, disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/moz-003.htm>.

<sup>57</sup> Ver narrativa de caso verídico em [www.bioetica.ufrgs.br/casoqueb.htm](http://www.bioetica.ufrgs.br/casoqueb.htm).

#### 4.5 Transplante em pacientes com Aids

É lamentável ter que dizer, ainda nos dias de hoje, que a Aids *também é um desafio bioético*. A imprensa nacional tem anunciado que “os transplantes em vítimas da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida não são realizados no Brasil porque a doação de órgãos é escassa e persiste a tese de que portadores têm pouco tempo de vida”.<sup>58</sup>

O argumento não é válido, porque vida é vida. Aliás, ao contrário, se estes pacientes estão em maior necessidade, podem, na prova da atualidade do perigo, serem atendidos em primeiro lugar.

Se mais não fosse, pesquisas americanas demonstram que “estes doentes se beneficiam tanto quanto os pacientes livres do vírus, vivendo bem”.<sup>59</sup> Ora, o Brasil é pioneiro na terapêutica com coquetéis de remédios, que auxiliam no procedimento, responsável por restabelecer funções de órgãos frequentemente atingidos no início da epidemia, como o fígado e os rins. Talvez, de fato, ocorra *um tabu* no Brasil, como avaliado pelo Infectologista Marco VITÓRIA, então assessor do Programa Nacional de Aids do Ministério da Saúde.

No aspecto ético, adverte o *New England Journal of Medicine*, igualmente, “não há justificativa para propiciar transplante de órgão para outros pacientes vitimados por doenças crônicas (como hepatite C e diabetes), ou tão debilitados quanto os aidéticos (como os idosos), em detrimento destes”.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> DEMANDA inédita: vida mais longa leva vítimas de AIDS a lutar por um lugar na fila dos transplantes de órgãos. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca>. Acesso em: 12 abr. 2004.

<sup>59</sup> Idem. Um estudo efetuado há três meses mostrou que, de 24 doentes infectados com HIV, que tinham recebido transplantes de fígados, 87% estavam vivos, um número idêntico ao dos soronegativos para o HIV (AIDS Portugal. *Mais doentes com SIDA recebem transplantes de órgãos*. Disponível em: <http://aidsportugal.com/article.php?r=3523>. Acesso em: 12 abr. 2004).

<sup>60</sup> CREMESP. *Nova meca do tráfico de rins*. Disponível em: [www.cremesp.org.br/bioetica/noticias/ultimas](http://www.cremesp.org.br/bioetica/noticias/ultimas). Acesso em: 9 abr. 2004.

Para o Direito Penal, infringe o art. 18 da Lei de Transplantes de Órgãos o médico que, mesmo com o consentimento expresso do receptor ou de quem o represente, realiza o ato sabendo que não está acatando a lista única de espera, donde não pode ser omitido qualquer paciente que necessite de transplante.

O problema está justamente na resistência dos médicos quanto à própria indicação cirúrgica dos doentes com o vírus HIV, antecedente lógico do tratamento, conforme art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.434/97.<sup>61</sup> Assim, se ficar provado que o médico podia e devia agir para evitar o resultado,<sup>62</sup> também responderá por crime, na forma do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Em outras palavras, o médico que, de forma dolosa, deixar de indicar paciente para a cirurgia de transplantes de tecidos, órgãos ou partes de corpo, sendo o caso para tanto, simplesmente porque aidético – e não por outro motivo de ordem médica –, poderá responder pelo eventual agravamento de seu quadro clínico, desde que bem comprovado o nexo de causalidade.

#### Conclusão

No pequeno espectro do tema biodireito, a questão dos transplantes de órgãos já nos acena para o quanto teremos que amadurecer nosso conhecimento e espírito em face dos inúmeros desafios bioéticos. Muitos deles, reitero, já batem à porta do Poder Judiciário, para que este decida acerca do caminho a ser tomado por toda uma sociedade.

Além da recente ADIN que questiona a possibilidade da manipulação das células-tronco de embriões, comentada anteriormente, não raro são os

<sup>61</sup> “Art. 2º, parágrafo único (em anexo). A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em norma regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.”

<sup>62</sup> Trata-se de crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, comumente cometido por ação, mas que, no caso concreto, consuma-se por omissão.

<sup>55</sup> É o posicionamento genérico de Damásio de Jesus (1992, v. 1, p. 324).



processos envolvendo a retirada indevida de órgãos de pacientes supostamente em morte encefálica e as especulações do comércio ilícito. Citamos, para os que buscam um estudo mais acurado, o Processo nº 573/87 – da Vara do Júri da Comarca de Taubaté –, cuja imputação, com recente confirmação da decisão de pronúncia no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, informa que, entre setembro e dezembro de 1986, no interior do Hospital Santa Isabel de Clínicas, três médicos, ora réus, previamente ajustados e com unidade de desígnios, almejando a instalação de um programa de transplantes de rins na cidade, retiraram os dois rins de quatro pacientes, sem o essencial diagnóstico da morte encefálica,<sup>63</sup> assumindo o risco de causar-lhes a morte, o que, de fato, ocorreu.

Acredito, contudo, que, nesta seara, é muito valioso o *trabalho preventivo* dos operadores do Direito, especialmente os promotores de Justiça, fazendo bom uso do inquérito civil e evitando contendas maiores, posto que diante de interesses, no mínimo, individuais homogêneos e mal distribuídos, num país com tamanha dificuldade de desenvolvimento. Nesse diapasão, é importante mencionar o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Grupo de Atuação Especial da Saúde Pública (Gaesp), da Procuradoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, que, a exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta nº 277/06, acordou com a Secretaria de Saúde do Estado, a elaboração, em prazo certo, de resolução para regulamentar as atividades de captação, distribuição e transplante de fígados em pacientes com polineuropatia amiloidótica familiar (PAF). Esta é apenas uma das facetas do problema.

VENDRAMINI CARNEIRO, E. F. Biolaw: An irreversible path – A view of organ transplants. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 353-372, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** Law professionals have been warned about the fact that the fast development of biotechnology applied to medical sciences have

important effects on their decision making process, especially as it relates to the fundamental right of living. Within this context, the study of "Biolaw" is a one-way road for the whole of society. We are currently passing through a critical moment of "building the future" which can slip away from our control if human beings are seen as a mean, not as the end of biotechnology. Highly complex aspects, such as the mandatory supply of expensive drugs ordered by judicial decisions, surgeries for change of gender, in-vitro fertilizations, professional confidentiality, HIV testing without patient consent, among others, indicates that ethical analysis may lie on the "symbolic perception of others". For example, we deepen our analysis on the organ transplant issue, when need to debate over the new concept of death, the possibility of mishandling of anencephalus infants and embryos in order to save other lives, the proper treatment for AIDS patients and the state of necessity which is common to all people.

• **KEYWORDS:** "Biolaw". Bioethics. Organ Transplants. Encephalic death. Anencephalus. Embryo cells. AIDS.

#### Referências bibliográficas

##### Livros

ABSOLON, Karel B.; ROGERS, Waid; AUST, J. Bradley. Tye problem of transplantation and the head and neck surgeon. *The American Journal of Surgery*, New York, v. 106, p. 721-727, 1963. In: GOGLIANO, Daisy. *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*. São Paulo, 1986. 306f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 1986.

ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. *Considerações sobre o constitucionalismo e o biodireito constitucional*. São Paulo, 2003. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil comentado. 1916. v. 2. In: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 5, p. 278.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

COHEN, Cláudio; GARCIA, Maria. *Questões de Bioética Clínica*: pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. XVI.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Críticas ao anteprojeto de reformas do Código Penal*. São Paulo: APMP, 1998.

COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DICIONÁRIO Enciclopédico de Medicina. 3. ed. Lisboa: Argo, 2001. (Baseado na 29. ed. do Black's Medical Dictionary, de William A. R. Thompson).

DORLAND, W. A. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*. 27th ed. Philadelphia: W. B. Saunders, 1988.

ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. New York: The Free Press, 1978.

\_\_\_\_\_. New York: The Free Press, 1995.

ERHART, Eros Abrantes. *Elementos de anatomia humana*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 1969.

ESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GOGLIANO, Daisy. *O direito ao transplante de órgãos e tecidos humanos*. São Paulo, 1986. 306f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 1986.

GOROSTIAGA, Víctor Angoitia. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: problemática jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 5.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.

JUNQUEIRA, L. C.; CARNEIRO, J. *Histologia básica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1974.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, Madalena. *Transplantes: relevância jurídico-penal*. Coimbra: Almedina, 1996.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. 4.

MARTINS, António Carvalho. *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres: responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

MINISTÉRIO DE SALUD. División de Salud de las Personas. *Un pacto con la vida*. Santiago: Publicación de Laboratorios Novartis, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1. p. 174.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIEDMAN Dicionário Médico. Tradução de Sérgio Augusto Teixeira. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

THOMAS, Clayton L. *Dicionário médico enciclopédico Taber*. 17. ed. São Paulo: Manole, 2000.

<sup>63</sup> Conforme laudos do Instituto Médico Legal (IML) e do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.



## Artigos

AMORIM, Cristina. Jovem biólogo da USP mapeia os genes do cordão umbilical; trabalho premiado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 fev. 2006, p. A13, Caderno Ciência,.

FÁVERO, Flaminio. O transplante de coração em seus aspectos médico-legais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 389, p. 399-405, mar. 1968.

GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais: morte encefálica. *Bioética*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 145-156, 1993.

MARREY NETO, José Adriano. Transplantes: considerações sobre a lei nº 5.479, de 10.08.68: aspectos éticos, jurídicos e médico-legais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 578, p. 16-36, dez. 1983.

NARLOCH, Leandro; MUTO, Eliza. O primeiro instante: quando começa a vida? *Revista Super Interessante*, São Paulo, p. 56-64, nov. 2005. Edição 219.

SEGRE, Marco; HOSSNE, William Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 73-80, 1994.

WESTIN, Ricardo. Fila cria "migrantes" do transplante. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 nov. 2006, p. A36, Caderno Vida &.

## Internet

ABRALE. *Sangue do cordão umbilical e placentário*. Disponível em: <www.abrale.org.br/doencas/celulas>. Acesso em: 16 jul. 2005. (Homepage desenvolvida pela Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia).

COIMBRA, Cícero Galli. *Apnéia na morte encefálica*. Disponível em: <www.unifesp.br/dneuro/apnea.htm>. Acesso em: 4 jun. 2004; 19 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Morte Cerebral: falhas nos critérios de diagnóstico. *Ciência Hoje*, v. 27, n. 161, jun./2000. Dispo-

nível em: <www.uol.com.br/cienciahoje/chmais/pass/ch161/morte/pdf>. Acesso em: 4 jun. 2004 e 19 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *Morte encefálica*. Disponível em: <www.unifesp.br/dneuro/mortencefalica.htm>. Acesso em: 4 jun. 2004; 19 jun. 2005.

DEMANDA inédita: vida mais longa leva vítimas de AIDS a lutar por um lugar na fila dos transplantes de órgãos. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca>. Acesso em: 12 abr. 2004.

FÔLEGO: sobrevida média do paciente diagnosticado com AIDS no Brasil. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca>. Acesso em: 12 abr. 2004.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia*. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 2 maio 2007.

GONZÁLEZ, Jaime Gomez. *Ambrosio Paré (1517-1590)*. Disponível em: <www.compumedicina.com/historia>. Acesso em: 13 jan. 2005.

RAÍCES, Rodio. Sobre la vida y obra de Ambrosio Paré. Disponível em: <www.geocities.com/rodioraices>. Acesso em: 13 jan. 2005.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. *Uma marca histórica*. Disponível em: www.ufba.br. Acesso em: 10 jan. 2005.

UNIVERSITY OF VIRGINIA. *John Hunter (1728-1793): A treatise on the blood, inflammation, and gun-shot wounds*. Disponível em: <www.med.virginia.edu/hs-library/historical/classics>. Acesso em: 13 jan. 2005.

ZAGO, Marco Antônio. *Injeções de vida: clonagem e terapia celular*. Disponível em: <www.mct.gov.br/especial/cloneo3\_2htm>. Acesso em: 16 jul. 2005.